

Kandidatuppsats i offentlig förvaltning VT2014

Förvaltningshögskolan, Göteborgs universitet

Emily Clarkson

Johanna Palm

Handledare: Björn Rombach

Examinator: Gary Kokk

Den offentliga upphandlingens fällor

– en studie om när, var och varför en upphandling går fel



GÖTEBORGS UNIVERSITET
FÖRVALTNINGSHÖGSKOLAN

Tack till

Vi vill börja med att tacka vår handledare Björn Rombach för all hjälp och snabba svar under uppsatsens gång. Vi vill även tacka de som ställt upp på våra intervjuer samt nära och kära för all support.

Sammanfattning

Den offentliga upphandlingen i Sverige är omfattande och uppgår årligen till ett värde av omkring 600 miljarder svenska kronor. Det är ett komplext och vidsträckt område med höga förväntningar på att kunna bemöta både den offentliga sektorns och det privata näringslivets olika förutsättningar och behov. Under de senaste åren har dock uppmärksamheten riktats mot att det är något som inte riktigt stämmer, allt fler ansökningar om överprövningar rörande misstanke om felaktiga upphandlingar inkommer till Sveriges Förvaltningsrätter och en strid ström av klagomål rörande snåriga lagrum och bristande kunskaper ekar i kontorslandskapen.

Anbudsgivare vittnar om allt för byråkratiska förfaranden, medan upphandlande myndigheter talar om diffusa förhållanden mellan lag och praktik samt bristande kompetens - problem vilka ytterligare riskerar att försvåra upphandlingsprocessen. Det fattas med andra ord insikt i vad som kan göras för att förbättra och underlätta arbetet kring offentliga upphandlingar för så väl upphandlande myndighet som anbudsgivare.

Den här studien baseras på en kvalitativ innehållsanalys av de överprövningsfall som fått bifall i Förvaltningsrätten i Göteborg under 2009/2010 samt 2013. För att få en tydligare bild över problematiken har vi även genomfört intervjuer med representanter från samtliga led inom överprövningsprocessen. Detta med syfte att bidra till ökad kunskap om de svårigheter den offentliga upphandlingsprocessen präglas av.

De resultat som vår undersökning genererat visar att det är framförallt upprättandet och tillämpningen av förfrågningsunderlag som ställer till problem i upphandlingsprocessen. Därtill orsakar även den omfattande skriftliga kommunikationen svårigheter mellan berörda parter, detta då språkförbistring lätt kan uppstå. Slutligen har vi också sett att upphandlingsprocessen kan komma att underlättas och förbättras genom den enskilda upphandlande myndighetens ökade uppföljning och insikt samt genom utveckling och förenkling av regelverk, och då med specifik hänvisning till förfrågningsunderlagets lagrum.

Nyckelord: LOU, Lagen om offentlig upphandling, förfrågningsunderlag, bifall, skall-krav överprövning, offentlig upphandling, avtalsspärr

Innehållsförteckning

Figurförteckning.....	4
1. Introduktion	5
1.1 Problemformulering	5
1.2 Syfte	7
1.3 Disposition	8
2. Metod.....	9
2.1 Datainsamling	10
2.2 Bearbetning av data.....	10
2.3 Intervju.....	11
2.4 Teoretisk referensram	11
3. Offentlig upphandling.....	12
3.1 Lagen om offentlig upphandling	12
3.2 Införande av avtalsspärr	13
3.3 Upphandlingsprocessen.....	14
3.4 Överprövning av offentlig upphandling	17
3.5 Resultat av överprövning	18
3.6 Upphandlingsskadeavgift	19
4. Problematik vid offentlig upphandling	20
4.1 Komlicerat regelverk.....	20
4.2 Upphandlingsprocessens hinder	21
4.3 Kunskapsluckor.....	21
4.4 Bristande uppföljning.....	21
4.5 Kommunikationssvårigheter	22
4.6 Analysverktyg	24
5. Resultat	25
5.1 Resultatet av överprövningarna 2009-07-14 – 2010-07-14	25
5.2 Resultatet av överprövningarna 2013-01-01 – 2013-12-31	29
5.3 Resultat av LIX	32
6. Resultatanalys	33
6.1 Lagändringen	34
6.2 Skall-krav	36
6.3 Förfrågningsunderlag	37
6.4 Kommunikation	39
6.5 Uppföljning	40
7. Slutsats.....	41
7.1 Studiens bidrag.....	43
7.2 Fortsatta studier.....	43
8. Källförteckning	45
9. Bilagor	49

Figurförteckning

Figur 1. Upphandlingsprocessen (Konkurrensverket 2011a).....	16
Figur 2. Läsbarhetsindex (Lix 2014).....	24
Figur 3. Läsbarhetsindex (Lix 2014).....	32
Diagram 1. Bifalls resultat 2009/2010	25
Diagram 2. Orsaker till göra om upphandling 2009/2010	27
Diagram 3. Orsaker till rätta upphandling.....	28
Diagram 4. Bifalls resultat 2013	29
Diagram 5. Orsaker till göra om upphandling 2013.....	30
Diagram 6. Orsaker till rätta upphandling 2013.....	31

1. Introduktion

Vi möts dagligen av varor, tjänster och verksamheter vars införskaffande genomgått upphandlingsprocessens samtliga stadier, från annonsering till förfrågningsunderlag, utvärdering och slutligen leverans. Detta instrument för att garantera de offentliga verksamheternas korrekta användning av offentliga medel och främjandet av konkurrens på marknaden har under de senaste åren vuxit sig allt starkare och finns numera representerad inom så gott som samtliga delar av Sveriges offentliga sektor (Edwardsson & Moius 2009, s.13). Varje år beräknas de offentliga upphandlingarnas sammanlagda värde uppgå till hela 600 miljarder svenska kronor och det råder därför ingen tvekan om att detta är ett av de viktigaste elementen inom den svenska samhällsekonomin (Finansdepartementet 2013, s.40).

Offentlig upphandling har ofta ansetts vara ett område fyllt av inneboende komplexitet, svårigheter och krånglig byråkrati. Inte minst med tanke på att lagstiftningen är uppbyggd av både särskilda EU-direktiv och egen reglering, vilket är en omfattande reglering i jämförelse med övriga länder inom EU (Edwardsson & Moius 2009, s.30). Det här har alltjämt resulterat i ett område som till hög grad präglas av svåra frågor, exempelvis vad optimalt utnyttjande av offentliga medel innebär samt vad som egentligen kännetecknar effektivitet - frågor vars svar ofta ändras beroende på i vilket sammanhang de ställs.

Det är av denna anledning viktigt att bredda kunskapen kring de offentliga upphandlingarnas problematik, detta eftersom vi på det sättet möjliggör bättre hantering av rådande komplexitet och uppkomna frågeställningar.

1.1 Problemformulering

Det faktum att den offentliga upphandlingen årligen omsätter så pass mycket pengar som drygt 600 miljarder svenska kronor medför att det är oerhört viktigt att den genomförs på ett korrekt och rättssäkert sätt. Det handlar trots allt i grund och botten om en regelrätt fördelning av offentliga medel vars placering i största möjliga mån skall förväntas gagna landets medborgare (Edwardsson & Moius 2009, s.9; Finansdepartementet 2013, s.40).

Ansökan om överprövning av ett beslut rörande upphandling av varor eller tjänster kan ses som ett kontrollinstrument för att garantera skattemedlens optimala användning och fördelning. Möjligheten att via överprövning kritisera en planerad eller genomförd

upphandling har dock under 2000-talet varierat i utformning. Under 2002 genomfördes en lagändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) där ett införande av bland annat en tiodagarsfrist stiftades med hänvisning till att ge leverantörer möjlighet att kräva överprövning av tilldelningsbeslut. Tidigare fanns ingen skyldighet att informera anbudsgivare innan avtals slutits utan beslut om tilldelning kunde göras i samband med slutande av avtal, något som därav försvårade möjligheten att som anbudsgivare begära överprövning av beslut. Under 2001, det vill säga innan lagändringen, genomfördes 153 ansökningar om överprövning och efter lagändringen skedde en drastisk ökning och under 2004 genomfördes 1124 ansökningar (Wenström, 2010).

Den 15 juli 2010 genomfördes ytterligare förändringar i LOU vilka främst avser överprövningsprocessen. Det infördes bland annat en avtalsspärr som medför att det är förbjudet för upphandlande enhet att ingå avtal direkt efter tilldelningsbeslutet. Om en ansökan om överprövning av beslutet inkommer till förvaltningsrätten under tiden för avtalsspärren införs per automatik en förlängd avtalsspärr som möjliggör en domstolsprövning. Avtalsspärren kvarstår i 10 alternativt 15 dagar (kommunikationssättet avgör) efter det att målet har avgjorts, räknat från dagen efter det att tilldelningsbeslutet meddelats (Konkurrensverket 2011a, s.32). I och med lagändringen ökade antalet ansökningar om överprövning till förvaltningsrätten ytterligare. Enligt Domstolsverkets statistisk fråga 2010 genomfördes 3571 ansökningar om överprövning till förvaltningsrätten och under 2013 var det 3200 (Domstolsverket 2013). En ökning som minst sagt kan anses häpnadsväckande vid jämförelse med det uppmätta antalet av 153 ansökningar under 2001.

De nackdelar som riskerar att uppkomma i samband med att en så pass drastisk och omfattande ökning av antalet ansökningar om överprövningar är minskad effektivitet samt ökade kostnader. Det kan även öka samhällskostnaderna ytterligare genom att de offentliga upphandlingarna drar ut på tiden och försenas vilket då riskerar att gå stick i stäv med upphandlingens grundsyfte om optimal allokering av offentliga medel och effektivitet (Edwardsson & Moius 2009, s.9; Europeiska kommissionen 2011, s.4). Därutöver sker rent generellt en väldigt låg andel djupgående uppföljningar av de inkomna överprövningsfallens innehåll och bakgrund. Statistik kring antalet inkomna ansökningar samt avgjorda mål i förvaltningsrätten finns väl dokumenterat, men uppföljning av överprövningarnas utfall saknas. Något som resulterar i stora kunskapsluckor på området gällande varför ansökningar om överprövning

egentligen inkommer samt vilka ekonomiska resurser dessa tar i anspråk (SOU 2013:12, s.17).

Det faktum att det årligen sker så pass många ansökningar om överprövning indikerar att något är fel. Överprövningarna handlar i stor utsträckning om att upphandlingen genomförts på ett sätt som inte är förenligt med LOU och då vanligen att den står i strid med de grundläggande principerna. LOU är oerhört komplex och många gånger svår att förstå vilket bidrar till att upphandlingar blir fel, vilket föranleder en ansökan om överprövning. En väg att gå för att undvika felaktigheter i offentliga upphandlingar skulle vara att EU-kommissionen och den svenska regeringen förtydligar regleringarna vilket skulle underlätta för de upphandlande myndigheterna att redan från början genomföra en korrekt upphandling (Offentliga affärer 2011).

Den stora omfattningen av de offentliga upphandlingarna i Sverige tillsammans med den återkommande problematiken inom upphandlingsprocessen gör att vi finner detta område mycket intressant att fördjupa oss i. Det finns sedan tidigare studier som undersöker vilken typ av upphandling som blir föremål för överprövning samt vilka grunder dessa bygger på. Vi vill dock ta vår studie ett steg längre och istället undersöka de mål som fått bifall i förvaltningsrätten för att därigenom kunna se var den offentliga upphandlingens egentliga problematik finns. Vi anser att det är intressantare och mer givande att titta på de överprövningar som fått bifall i förvaltningsrätten än att enbart titta på de upphandlingar där ansökan om överprövning gjorts. Detta då vem som helst och i princip på vilka grunder som helst kan göra en ansökan. Det kostar inget att göra en ansökan om överprövning vilket medför att den som ansöker inte heller har något att förlora utan kan enbart vinna på förfarandet.

1.2 Syfte

Syftet med vår studie är att bidra till ökad kunskap om de svårigheter den offentliga upphandlingsprocessen präglas av utifrån de överprövningsfall som getts bifall i förvaltningsrätten.

Vår förhoppning med denna studie är att belysa vanligt förekommande problem inom upphandlingsprocessen samt hur dessa kan hanteras för att underlätta för såväl anbudsgivare som upphandlande myndighet.

1.3 Disposition

Efter detta inledande kapitel som gett en introduktion till problematiken inom offentlig upphandling följer här uppsatsens disposition:

Kapitel 2 beskriver studiens metod. Här presenterar vi studiens empiriska tillvägagångssätt samt de avgränsningar som gjorts.

Kapitel 3 ger en introduktion till området offentlig upphandling och utgör även en del av studiens referensram. Här presenteras rådande lagstiftning, upphandlingsprocessen samt överprövningsförfarandet.

Kapitel 4 presenterar de svårigheter och den problematik som råder inom offentlig upphandling samt utgör den andra delen av studiens referensram. Här behandlas bland annat regelverkets komplexitet, problem med kommunikation samt de svårigheter som uppstår under upphandlingsprocessen.

Kapitel 5 beskriver det resultat som vår studie lett fram till. Med hjälp av diagram redogör vi här för anledningarna till att bifall getts vid överprövning av en upphandling.

Kapitel 6 här analyseras och diskuteras de resultat som tidigare beskrivits. Vi länkar samman resultatet med vår teoretiska referensram samt med de intervjuer som genomförts.

Kapitel 7 presenterar studiens slutsats, bidrag till kunskapen om offentlig upphandling samt förslag på fortsatt forskning.

2. Metod

Antalet överprövningsfall rörande offentlig upphandling har under de senaste åren ökat drastiskt samtidigt som kunskapen om de svårigheter som existerar på området är liten. En viktig och bidragande faktor till detta är att det i stor utsträckning saknas uppföljning gällande de överprövningar som görs. Det faktum att det saknas uppföljning på området samt kunskap om de faktorer som föranleder att en upphandling behöver överprövas väcker vårt intresse att fördjupa oss inom detta område, detta med förhoppning om att kunna bidra till ökad kunskap och förståelse för de svårigheter som påverkar upphandlingsprocessen negativt.

Vår kandidatuppsats är således skriven med fokus på den offentliga upphandlingens problematik utifrån de ansökningar om överprövning som sker vid Sveriges Förvaltningsrätter. Merparten av de upphandlingar som genomförs sker i Stockholm och Västra Götaland vilket gjorde det intressant för oss att avgränsa vår studie till ett av dessa områden. Då själva upphandlingsproblematiken ofta kan anses generell och många gånger oberoende av det enskilda upphandlingsområdet valde vi att ytterligare avgränsa oss till Västra Götaland och vidare Förvaltningsrätten i Göteborg vars domkrets består av den västra delen av Västra Götaland samt delar av Halland och Skåne.

Den avgränsning som gjorts består ytterligare i de fall som avgjorts i Förvaltningsrätten i Göteborg under perioden 2009-07-14 – 2010-07-14 samt under 2013-01-01 - 2013-12-31. Att denna tidsmässiga avgränsning gjorts beror på att vi vill ha ett sammanhängande år för jämförelser, dessvärre gallras målen bort elektroniskt fem år efter det datum som beslut fattats varför en sammanställning för 2009 endast skulle omfatta perioden 2009-04-03 - 2009-12-31¹. Då lagändringen i LOU genomfördes den 15 juli 2010, och vi ville se huruvida lagen haft inverkan på de fall som givits bifall i förvaltningsrätten, behövde jämförelseperioden avslutas innan lagändringen således den 14 juli 2010. Anledningen till att vi valde att studera två skilda år är dels att vi ville se om den genomförda lagändringen haft någon inverkan på resultatet av överprövningarna samt ge en tydligare och trovärdigare bild över den rådande problematiken. Genom att göra samma typ av undersökning över två perioder inom samma område

¹ Anledningen till perioden startar den 3 april 2009 är att det var då vi gjorde vår förfrågan till Förvaltningsrätten i Göteborg.

säkerställer vi att resultatet inte är missvisande utan att det faktiskt speglar verkligheten vilket ger studien en hög grad av reliabilitet (Esaiasson et al. 2012, s.64).

2.1 Datainsamling

Insamlingen av vår empiriska data har gjorts genom Konkurrensverkets elektroniska databas² över genomförda överprövningsmål i Förvaltningsrätten i Göteborg under perioden 2009-07-14 – 2010-07-14³ samt perioden 2013-01-01 - 2013-12-31. Urvalet har gjorts utifrån datum för avgörande och ingen hänsyn har således tagits till det datum då ansökan inkommit till förvaltningsrätten. För att säkerställa ett korrekt antal mål kontrollerade vi antalet med Förvaltningsrätten i Göteborg, varpå det visade sig saknas tolv målnummer i Konkurrensverkets databas från perioden 2009-07-14 – 2010-07-14. Dessa beställde vi på egen hand från Förvaltningsrätten i Göteborg.

Vår studie bygger på en kvalitativ innehållsanalys av de insamlade dokumenten ur konkurrensverkets officiella databas, detta med avsikten att finna de bakomliggande orsakerna till att bifall ges vid en ansökan om överprövning (Bryman 2008, s.505).

2.2 Bearbetning av data

Med hjälp av konkurrensverkets databas har vi gallrat bort de domar som fått avslag i förvaltningsrätten från de som givits bifall. Under 2013 avgjordes 218 ansökningsmål i Förvaltningsrätten i Göteborg varav 69 fick helt eller delvis bifall, dessa 69 unika målnummer resulterade i 40 olika avgöranden. Under perioden 2009/2010 avgjordes 183 ansökningsmål varav 91 fick helt eller delvis bifall, dessa 91 unika målnummer resulterade i 46 olika avgöranden. I de fall där samma avgörande har omfattats av flera målnummer har vi behandlat dessa som ett avgörande då det annars hade gett oss en felaktig bild eftersom de handhar samma ärende och problematik. Samma tillvägagångssätt har tidigare använts vid liknande studier som genomförts för att undersöka bakomliggande orsaker till att en ansökan om överprövning görs (Sundbom 2007, s.20).

Genom att gå igenom samtliga domar var för sig har vi kunnat identifiera och kategorisera samtliga olika anledningar till att bifall givits vid en ansökan om överprövning. Efter en första sortering av målens utfall inom kategorierna ”Göra om upphandling”, ”Rätta upphandling”,

² http://www.kkv.se/t/IFramePage____3087.aspx

³ Under perioden 2009-07-14 – 2010-02-14 bestod förvaltningsrättens domkrets av de dåvarande länsrätterna i Göteborg, Halland och Vänersborg.

”Ogiltigförklara avtal” samt ”Upphandlingsskadeavgift” gjorde vi en övergripande identifikation av vilka bakomliggande faktorer och problem som resulterat i en felaktig upphandling. Utifrån den information vi fått fram genomförde vi en djupgående analys av utfallet vilket medförde att vi fick en tydlig bild av de återkommande problemen och var i upphandlingsprocessen svårigheterna finns. I det här skedet identifierade vi förfrågningsunderlaget som ett stort problem och valde då än en gång att gå igenom de avgöranden som getts bifall på grund av bristande förfrågningsunderlag. Vi beställde även tillhörande förfrågningsunderlag till samtliga av dessa ärenden för att få en så tydlig bild som möjligt över de aktuella fel som gjorts vid respektive upphandling.

Vi valde också att använda oss av ett läsbarhetsindex, LIX, för att kontrollera svårighetsnivån i det språk som används i upphandlande myndigheters förfrågningsunderlag. Genom att använda språkverktyget LIX ges en uppfattning om hur lätt- eller svårläst en text är.

2.3 Intervju

Med syfte att stärka de resultat vår studie uppnått har vi genomfört intervjuer med representanter från samtliga led av överprövningsprocessen, en föredragande jurist vid Förvaltningsrätten i Göteborg, en bolagsjurist vid Upphandlingsbolaget i Göteborg samt med en företagsledare vid ett mellanstort företag med stor erfarenhet av att lämna anbud vid offentliga upphandlingar. Fördelen med att intervjua personer från samtliga led av överprövningsprocessen är att vi fick en större variation i svaren då de ser och upplever processen på olika sätt (Bryman 2008, s.392).

Vi valde att genomföra semistrukturerade intervjuer där vi utgick från en intervjuguide med öppna frågor, vilket gav intervjupersonerna stor möjlighet att själva utforma svaren utan påverkan från oss. Detta medförde även att intervjun blev flexibel och att vi utan problem kunde ställa följdfrågor när det fanns behov för det (Bryman 2008, s.415).

2.4 Teoretisk referensram

Den referensram som denna studie och resultatanalysen utgår från är kapitel 3 – *Offentlig upphandling* som beskriver den offentliga upphandlingens olika skeenden, samt kapitel 4 – *Problematik vid offentlig upphandling*, som syftar till att beskriva den redan kända problematiken på upphandlingsområdet.

3. Offentlig upphandling

Enligt 2 kap. 13§ LOU är definitionen:

”med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader.”(SFS 2007:1091).

3.1 Lagen om offentlig upphandling

Offentlig upphandling är en omfattande process hårt reglerad av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) som till stor del bygger på EU-direktivet 2004/18/EG. Till följd av direktivet har alla länder inom Europeiska Unionen (EU) en liknande lagstiftning på upphandlingsområdet för att underlätta förverkligandet av en gemensam inre marknad (Upphandlingsstöd 2014a). Syftet med LOU är att säkerställa fri rörlighet för varor, tjänster och kapital, detta för att främja den fria konkurrensen samt optimalt utnyttjande av offentliga medel. Handeln skall vara öppen i de fall det lämpar sig mellan olika länder inom EU. Lagen skall även säkerställa att det råder fri konkurrens på lika villkor inom EU. De upphandlande myndigheter som omfattas av LOU är en vid krets av organisationer och institutioner i offentlig regi. Beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ samt samman Slutningar mellan myndigheter anses därav som upphandlande myndigheter. Utöver dessa räknas i hög utsträckning också kommunala och statliga aktiebolag in under denna benämning (Konkurrensverket 2011a, s.6f; Konkurrensverket 2014)

I 1 kap. 9§ LOU anges den offentliga upphandlingens fem grundprinciper gällande upphandling av tjänster, varor samt byggtreprenader. Dessa principer ligger till grund för genomförandet av alla offentliga upphandlingar och måste följas genom hela upphandlingsprocessen (SFS 2007:1091).

1. Principen om icke-diskriminering

Principen om icke-diskriminering innebär att det är förbjudet att diskriminera leverantörer på grund av dess nationalitet. Detta innebär att den upphandlande myndigheten ej är tillåten att formulera förfrågningsunderlaget på sådant sätt att utländska företag ej kan ta del av informationen eller lägga anbud. I och med detta kan inte heller den upphandlande myndigheten ge lokala företag företräde.

2. Principen om likabehandling

Med principen om likabehandling menas att samtliga anbudsgivare skall behandlas lika och ges samma förutsättningar under upphandlingsprocessen. Om exempelvis en anbudsgivare ges möjligheten att förtydliga eller komplettera sitt anbud måste alla andra anbudsgivare ges samma möjlighet.

3. Principen om transparens

Principen om transparens innebär att upphandlingen skall präglas av öppenhet och förutsebarhet. Upphandlande myndigheter är skyldiga att utforma förfrågningsunderlaget på ett klart och tydligt sätt så att leverantörer har möjlighet att bedöma vad den upphandlande myndigheten efterfrågar samt vilka krav de ställer.

4. Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen handlar om att de krav som ställs på leverantörer och de krav som ställs i kravspecifikationen skall vara rimliga och stå i proportion till det som skall upphandlas.

5. Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att de intyg och certifikat som utfärdats av behöriga myndigheter inom EU/EES skall gälla inom övriga EU/EES-länder (Falk 2011, s.63ff).

Vissa områden är dock undantagna från LOU och lyder istället under en separat lag, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Om en upphandlande myndighet bedriver en verksamhet som gränsar mellan LOU och LUF skall upphandlingen genomföras inom den lag som är mest lämpad och om det råder tveksamheter kring vilken lag som skall tillämpas skall LOU användas. Det finns även särskilda undantag från LOU, exempelvis kontrakt som syftar till att bedriva allmänna telenät eller teletjänster för allmänheten, dessa undantag skall dock enligt EU-domstolen tolkas restriktivt (Konkurrensverket 2011a, s.8).

3.2 Införande av avtalsspärr

LOU bygger som tidigare nämnts på EU-direktiv 2004/18/EG. Som komplement till direktivet finns även EU-direktiv vars uppgift är att styra de rättsmedel av betydelse för offentliga upphandlingar. Vid genomförandet av ändringsdirektivet 2007/66/EG gällande effektivare prövning av offentlig upphandling, genomfördes den 15 juli 2010 förändringar i LOU främst

gällande överprövningsprocessen. Det infördes bland annat en avtalsspärr vilket innebär ett förbud för upphandlande enheter att ingå avtal direkt efter tilldelningsbeslut. Denna avtalsspärr kvarstår i 10 alternativt 15 dagar (kommunikationssättet avgör) räknat från dagen efter det att tilldelningsbeslutet meddelats. Om en ansökan om överprövning av ett beslut inkommer till förvaltningsrätten under tiden för avtalsspärren införs per automatik en förlängd avtalsspärr vilket möjliggör domstolsprövning. För att överklagan av förvaltningsrättens beslut skall kunna genomföras har det även införts förbud mot att ingå avtal inom 10 dagar efter det att domslut har meddelats (Finansdepartementet 2010, s.1).

3.3 Upphandlingsprocessen

Inför en upphandlingsprocess krävs det att man beräknar vilket värde avtalet förväntas ha och vilket upphandlingsförfarande som skall användas. Det är tröskelvärdet (beloppsvärdet) som avgör vilket förfarande samt vilken del av lagen, de direktiv-styrda eller de nationella regleringarna, som skall tillämpas på en offentlig upphandling. De upphandlingar som enbart lämpar sig för den nationella marknaden, så kallade B-tjänster vars kontrakt uppgår till ett lägre värde, styrs av 15 kap LOU. De upphandlingar som uppgår till ett högre värde (A-tjänster) och kan vara attraktiva för företag inom EU/EES omfattas av hela LOU (bortsett från 15 kap.) och är de direktiv-styrda regleringarna (Upphandlingsstöd 2014c). Utifrån detta kan den upphandlande myndigheten göra en behovsanalys över vad som krävs och vad som förväntas av upphandlingen för att deras behov skall tillgodoses. Upphandlingsprocessen innefattar ett antal obligatoriska steg som är gemensamma för all form av offentlig upphandling (Konkurrensverket 2011a, s.10ff).

3.3.1 Kommunikation

Kommunikationen och informationsutbytet inom den offentliga upphandlingen skall ske skriftligen antingen genom brev eller via elektroniska medel såsom till exempel fax eller e-post. Huvudregeln anger att såväl anbudsansökningar som anbud skall ske skriftligen. Det är den upphandlande myndigheten som avgör vilket skriftligt kommunikationssätt som skall användas och det skall framgå i annonsen alternativt i förfrågningsunderlaget hur anbud skall lämnas. Om den upphandlande myndigheten väljer att kommunikationen skall ske elektroniskt, skall det vara i en icke-diskriminerande form vilket innebär att det skall vara tillgängligt för alla med normalprogramvara (Konkurrensverket 2011a, s.16).

3.3.2 Förfrågningsunderlag

I förfrågningsunderlaget, som ges till potentiella leverantörer, skall de krav och önskemål som den upphandlande myndigheten ställer framgå på ett tydligt och lättförståeligt sätt. Utifrån underlaget kan leverantörerna ge den upphandlande myndigheten ett anbud. Då förfrågningsunderlaget inte kan ändras efter att det gjorts tillgängligt för potentiella anbudsgivare är det av stor vikt att informationen framgår på ett tydligt och begripligt sätt. Ett väl utarbetat förfrågningsunderlag med en tydlig struktur medför att det är lättare för leverantörer att utforma sina anbud samt underlättar utvärdering av de inkomna anbuden för den upphandlande myndigheten. Om det framkommer felaktigheter och brister i förfrågningsunderlaget måste normalt hela upphandlingsförfarandet göras om (Falk 2011, s.83f).

Ett förfrågningsunderlag bör innehålla:

- De krav som ställs på leverantören är ekonomisk ställning och yrkesmässig- och teknisk kapacitet. Dessa krav kan vara i form av skall-krav som måste uppfyllas för att anbudet skall utvärderas. Kraven kan även vara av allmän karaktär, så kallade börkrav, som inte behöver uppfyllas för utvärdering.
- En uppdragsbeskrivning alternativt en kravspecifikation som anger vad den upphandlande myndigheten förväntar sig. Kraven skall anges så exakt och tydligt som möjligt för att underlätta anbuds-förfarandet.
- En utvärderingsgrund där den upphandlande myndigheten anger huruvida de kommer anta lägsta pris eller det ekonomiskt mest lönsamma anbudet. Om det ekonomiskt mest lönsamma anbudet används måste de utvärderingskriterier som ligger till grund för utvärderingen anges.
- Kommersiella villkor, exempelvis betalnings- och leveransvillkor.
- Administrativa bestämmelser, såsom sista anbudsdag och upphandlingsförfarande (Konkurrensverket 2011a, s.14f).

3.3.3 Annonsering

All offentlig upphandling skall annonseras, utformningen avgörs av vilket upphandlingsförfarande som används. Dock behöver inte direktupphandlingar eller de former av förenklat förfarande som anges i lagen föregås av en annonsering (Konkurrensverket 2011a, s.15).

3.3.4 Uteslutning och kvalificering av leverantör

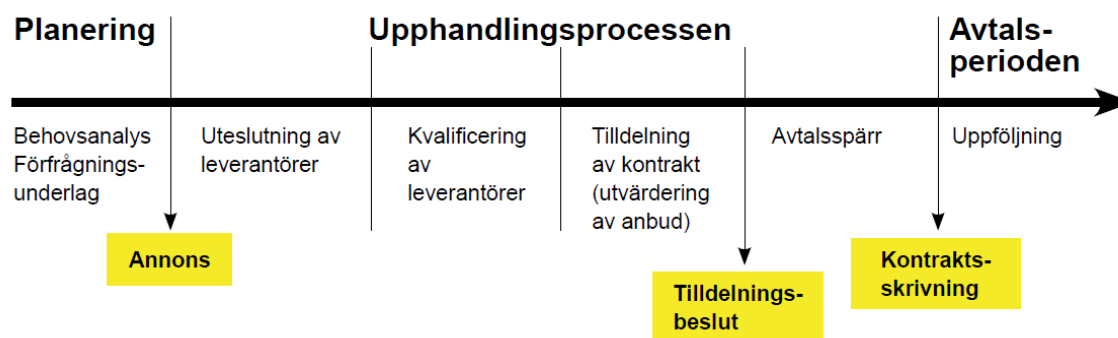
En leverantör skall uteslutas om denne gjort sig skyldig till ekonomisk brottslighet. Andra grunder som kan leda till uteslutning är om leverantören är försatt i konkurs eller dömd för brott under yrkesutövning. De utelutningsgrunder som inte är obligatoriska skall anges i förfrågningsunderlaget. De anbudsgivare som uppfyller de krav, kraven måste vara förenliga med proportionalitetsprincipen, som ställts för upphandlingen kvalificeras till att få delta i upphandlingen (Konkurrensverket 2011a, s.17).

3.3.5 Utvärdering av anbud

Anbudet måste uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget för att kunna antas, det är inte tillåtet att pröva dem mot andra grunder än de som tidigare angetts. Den upphandlande myndigheten väljer antingen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det med lägst pris (Konkurrensverket 2011a, s.16f). För att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga används ett poängsättningssystem i utvärderingen. Poängen fördelas utifrån myndigheternas bedömning av pris och kvalitet enligt utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget och den leverantör som får högst poäng tilldelas kontraktet (Lunander 2009, s.5).

3.3.6 Tilldelningsbeslut och avtalsspärr

Den upphandlande myndigheten skall omedelbart efter att de beslutat om vilket anbud som skall antas, meddela anbudsgivarna vem som skall tilldelas ett kontrakt samt en detaljerad och tydlig förklaring till anledningen att anbudet antagits. Efter att tilldelningsbeslutet meddelats påbörjas en avtalsspärr vars längd skall anges tillsammans med tilldelningsbeslutet. Informationen syftar till att underlätta för leverantörerna att kunna ansöka om överprövning (Konkurrensverket 2011a, s.18).



Figur 1. Upphandlingsprocessen (Konkurrensverket 2011a)

3.4 Överprövning av offentlig upphandling

Enligt 16 kap. LOU kan en leverantör ansöka om överprövning av en offentlig upphandling i allmän förvaltningsrätt. Till de allmänna förvaltningsrätterna räknas förvaltningsrätt, kammarrätt samt Högsta förvaltningsdomstolen. I ansökan om överprövning skall det framgå vad i upphandlingsförfarandet som leverantören anser strider mot bestämmelserna i LOU (Falk 2011, s.502).

Det finns två olika former av överprövningar, överprövning av en pågående upphandling samt överprövning av ett avtals giltighet. Ansökan om överprövning av en pågående upphandling kan göras av en leverantör om denne anser att den upphandlande myndigheten brutit mot lagen samt att detta medfört eller kan komma att medföra skada för leverantören. Dock bör anbudsgivare, om tid återstår av upphandlingen, ge synpunkter direkt till den upphandlande myndigheten innan talan väcks i domstol. Detta skulle medföra en stor besparing av ekonomiska medel såväl som tid för samtliga parter. Ansökan om överprövning skall ha inkommit till förvaltningsrätten 10 alternativt 15 dagar (kommunikationssättet avgör) från det att tilldelningsbeslutet meddelats (Konkurrensverket 2011a, s.31f). När en ansökan om överprövning inkommer till förvaltningsrätten stoppas upphandlingen i väntan på ett avgörande, den upphandlande myndigheten har då möjlighet att själva se över om de anser att ett fel har begåtts och då korrigera detta istället för att dra ärendet i domstol. Om förvaltningsrätten handhar överprövningsmålet kan de, om de anser att det finns grund för detta, besluta att upphandlingen skall korrigeras alternativt göras om. Efter att dom meddelats finns det möjlighet att överklaga beslutet inom tre veckor (Offentliga affärer 2011).

En korrigering av en upphandling innebär att den skall rättas på den punkt som förvaltningsrätten anser vara fel, exempelvis att anbud som inte uppfyller uppsatta skall-krav felaktigt har antagits och att det då inte för tas med i den nya anbudsutvärderingen. Om felet är kopplat till det konkurrensuppsökande skedet, vilket i normalfallet är förfrågningsunderlaget, brukar det inte räcka med enbart en rättning utan det krävs då att upphandlingen måste göras om (Falk 2011, s.386f).

Ansökan om överprövning av avtals giltighet skall ske inom sex månader från det att avtalets slöts. Om avtalet meddelats via annonsering måste dock ansökan inkomma till förvaltningsrätten inom 10 dagar om annonseringen skett genom förhandsinsyn alternativt inom 30 dagar

vid efterhandsannonsering (Offentliga affärer 2011). Med förhandsinsyn menas att den upphandlande myndigheten annonserar i Tenders Electronic Daily (TED), EU:s databas för meddelande om offentliga upphandlingar, att de kommer att tilldelas ett kontrakt som inte föregåtts av ett annonserat upphandlingsförfarande och efterhandsannonsering är ett meddelande om tilldelningsbeslut som annonseras i TED (Upphandlingsstöd 2014b).

Det finns flera skäl till att ett avtal kan ogiltigförklaras, exempelvis på grund av en otillåten direktupphandling vilket innebär att upphandlingen inte har annonserats enligt bestämmelserna i LOU och att detta inte skett med stöd av någon undantagsregel (Falk 2011, s.504). En ogiltighetsförklaring kan även ske om avtalet står i strid med en avtalsspärr, tiodagarsfristen eller om det har ingåtts utan att tilldelningsbeslut har skickats ut. För att ett avtal skall kunna ogiltigförklaras krävs det även att någon annan bestämmelse i LOU överträtts samt att en leverantör har lidit eller kan komma att lida skada av beslutet. Om avtalet ogiltigförklaras skall det avbrytas med omedelbar verkan och alla utförda prestationer skall återgå (Konkurrensverket 2011a, s.33f).

3.5 Resultat av överprövning

16 kap. 5§ LOU säger:

”Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9§ eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.”(SFS 2007:1091).

De ansökningar om överprövning av en pågående upphandling som getts bifall i förvaltningsrätten kan antingen dömas till att göras om eller till att det enbart krävs rättelse av den befintliga upphandlingen innan den avslutas. För att upphandlingen skall göras om krävs att felen är så omfattande att det inte räcker med enbart en rättelse, exempelvis att upphandlingen står i strider mot principerna om likabehandling och transparens. Något som kan föranleda detta är att anbudsgivarna inte har getts likvärdiga förutsättningar att lämna konkurrenskraftiga anbud till exempel på grund av ett otydligt förfrågningsunderlag. Om anbudsutvärderingen brustit, till exempel på grund av att ett anbud antagits trots att det inte uppfyllt uppsatta skall-krav eller att ett anbud förkastats trots att det uppfyllt kraven samt varit likvärdigt med andra anbud, brukar det vara tillräckligt med en rättelse. Det är helt och hållet upp till rätten att avgöra vilken av dessa åtgärder som skall användas (Falk, 2011 s.505).

3.6 Upphandlingsskadeavgift

Konkurrensverket ansvarar för tillsynen över all offentlig upphandling som genomförs i Sverige och de har rätt att föra talan i allmän förvaltningsrätt. Upphandlingsskadeavgiften får uppgå till max 10 procent av det aktuella kontraktets värde och avgiften får inte heller överstiga 10 miljoner kronor. Vid fastställandet av avgiften tas hänsyn till hur omfattande överträdelsen varit. Konkurrensverket är skyldiga att ansöka om utdömande av upphandlingsskadeavgift om ett avtal tecknats i strid med en avtalsspärr men där en domstol vid överprövning av avtalets giltighet ansett att avtalet får bestå trots att det borde ha ogiltigförklarats. Anledningen till att ett avtal som borde ogiltigförklaras får bestå har sin grund i 16 kap. 16§ LOU där det framgår att ett avtal inte får ogiltigförklaras om det finns ett allmänintresse för att avtalet skall bestå (Konkurrensverket 2011b).

Konkurrensverket kan även på eget initiativ ansöka om upphandlingsskadeavgift om en otillåten direktupphandling genomförts. En otillåten direkt upphandling uppstår om ett avtal tecknats trots att det enligt bestämmelserna i LOU skulle ha föregåtts av ett annonserat förfarande (Konkurrensverket 2011b).

4. Problematik vid offentlig upphandling

Detta kapitel tillsammans med kapitel 3 utgör vår teoretiska referensram och i slutet av kapitlet presenteras även vårt analysverktyg. Syftet är att ge en samlad bild över de problem som idag är kända inom offentlig upphandling. Grundbulten i problematiken är den komplexa lagstiftning, lagen om offentlig upphandling, som reglerar området. Det är många, såväl upphandlande myndigheter som leverantörer, som har bristande kunskap om lagens utformning samt vad som förväntas av dem vid en upphandling. Detta resulterar många gånger i problem under upphandlingsprocessens gång.

4.1 Komplicerat regelverk

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling anses ofta som ett av de mest komplicerade regelverken inom svensk lagstiftning. Till skillnad från många andra europeiska länder har Sverige valt en starkt utbyggd reglering av hur tilldelning av offentliga kontrakt skall gå till vilket resulterat i en lag med stor omfattning och högt tolkningsutrymme. Det har i och med detta visat sig att denna något oklara och öppna utformning av lagen riskerar att ligga till grund för missförstånd och minskad insikt i vad som gäller vid upphandlingsprocessen (Edwardsson & Moius 2009, s.46f).

Det är i huvudsak den lagstadgade byråkratin, särskilt rörande förfrågningsunderlagen och hur dessa skall besvaras som speciellt anbudsgivare anser problematisk och svår att förstå sig på. Problematiken som uppstår blir således att företagare avhåller sig från att lämna anbud på grund av att det byråkratiska förfarandet skiljer sig från ”normal affärslogik” (Edwardsson & Moius 2009, s.46f). För upphandlade myndigheter baseras ofta svårigheter vid hantering och tillämpning av LOU på att dess lagrum inte är särskilt specificerande, utan lagen kan snarare anses relativt diffus i fråga om specifika förhållanden. Anledningen till denna utformning beror på att lagen skall vara möjlig att tillämpa på många spridda områden. I och med detta är upphandlingar i hög grad beroende av det enskilda fallets förutsättningar, rådande praxis och kanske främst av allt, den upphandlande enhetens kompetens och förståelse för området (Molander 2009, s.119). Denna autonomi har visat sig resultera i ökad grad av osäkerhet kring hur enskilda upphandlingarna skall utformas och för att undvika risken för överprövning före-

dras redan välbeprövade metoder framför nya, alternativa lösningar. Denna ”mentalitet” riskerar dock att försämra upphandlingens kvalitet i och med att tillvägagångssättet inte anpassas utifrån den enskilda upphandlingens förutsättningar (Sundbom 2007, s.81).

4.2 Upphandlingsprocessens hinder

I fråga om den problematik som uppstår under själva upphandlingsprocessens gång är ”administrativt krångel” en återkommande term. Detta ”krångel” sker i huvudsak med specifik hänvisning till de förfrågningsunderlag upphandlande myndigheter erbjuder potentiella anbudsgivare (Nutek 2005, s.31; Europeiska kommissionen 2011, s.29). Svårigheterna med att upprätta korrekta förfrågningsunderlag kan ofta härledas till enskilda tjänstemäns kompetens och erfarenhet av upphandlingsförfarandet samt deras insikt och kunskap rörande det område upphandlingen innefattar (SOU 1999:139, s.166). I huvudsak anses att motsägende och felaktigt utformade krav, kontraktsvillkor samt utvärderingskriterier är de främst utmärkande faktorerna till bristfälliga förfrågningsunderlag (Edwardsson & Moius 2009, s.57). En avgörande premis för en lyckad upphandling kan således anses sammankopplad med ett välarbetat och grundligt utfört förfrågningsunderlag (SOU 1999:139, s.166; SOU 2011:73, s.100).

4.3 Kunskapsluckor

Som tidigare nämnts riskerar den okunskap som finns rörande det byråkratiska tillvägagångssättet vid offentlig upphandling att ”skrämja” bort anbudsgivare på grund av deras bristande förståelse till varför upphandlingsförfarandet ser ut som det gör (Edwardsson & Moius 2009, s.46f; Tervahauta & Zachrisson s.33f). Faktum är att det även finns starka tendenser som visar att upphandlade myndigheter ofta, och detta i huvudsak myndigheter av mindre storlek, saknar väsentlig kompetens rörande hur lämpliga och korrekta upphandlingar skall genomföras (SOU 2011:73, s.124; Tervahauta & Zachrisson s.10). Vad detta beror på verkar dock rådande forskning ha svårt att riktigt sätta fingret på. Resursbrist och lågt intresse för offentlig upphandling i allmänhet tas bland annat upp som exempel, men något djupare svar finns i nuläget inte att hänvisa till (Bergman & Nilsson 2012, s.15; SOU 2011:73, s.143).

4.4 Bristande uppföljning

Ett genomgående problem bland upphandlande myndigheter är avsaknaden av djupgående och regelbunden uppföljning. Till och med så pass grundläggande rutiner som diarieföring av till exempel tecknade avtal har visat sig saknas hos vissa upphandlande myndigheter

(Bergman & Nilsson 2012, s.15). En av de mest genomgripande orsakerna till detta förklaras vara tids- och resursbrist. Det saknas helt enkelt tillräckliga medel för att understödja de processer som krävs för att möjliggöra analys och granskning av upphandlingen efter att den är avslutad (SOU 2011:73, s.227f). Konsekvenserna av detta är således att insikt och uppskattning av offentliga upphandlingars problematik och utvecklingsbehov är svåra att överblicka. Det här ger inte bara minskade möjligheter till förbättring av enskilda myndigheters interna upphandlingsprocesser, utan det begränsar även tillgången på data för forskning på upphandlingsområdet. Data som behövs för att bredda den vetenskapliga analysen av offentlig upphandling i Sverige och i Europa (Edwardsson & Moius 2009, s.69; SOU 2011:73, s.143).

4.5 Kommunikationssvårigheter

All kommunikation mellan den upphandlande myndigheten och potentiella leverantörer sker skriftligen och till stor del genom formulär i och med förfrågningsunderlagets utformning. Användandet av formulär kan orsaka svårigheter för både den som utformar formuläret som respondenten. Svårigheten med att använda formulär kan härledas till att frågans utformning kan orsaka problem för respondenten att utforma svar som matchar såväl frågans syfte som den egna situationen. Problem kan även uppstå vid att utforma frågor där all relevant information skall framgå på ett tillgängligt och kortfattat sätt. Frågans syfte kan många gånger vara tydlig för den som formulerar frågan men den kan framstå som otydlig och svårbegriplig för mottagaren. Små missar vid ifyllandet av ett formulär kan leda till stora konsekvenser då detta kan medföra att väsentlig information uteblir, vilket kan resultera i onödigt uteslutande av anbud (Sarangi & Slembrouck 1996, s.30 & 42).

Då förfrågningsunderlaget är ett oerhört viktigt och avgörande dokument för hela upphandlingsprocessen är det av stor vikt att det är utformat på ett sådant sätt att alla kan ta del av det. Det skall klart och tydligt framgå vad den upphandlande myndigheten förväntar sig av leverantörerna samt hur utvärderingen skall gå till för att alla skall ha möjlighet att lägga ett konkurrenskraftigt anbud (Falk 2011, s.83f). Förfrågningsunderlagets utformning är något som domstolen lägger stor vikt vid och kommentarer om det är vanligt förkommande i domsluten, exempelvis:

”Kriterierna skall således vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.”

(Förvaltningsrätten, 2010).

4.5.1 Läsbarhetsindex

Med hänvisning till att i princip all kommunikation mellan parterna i en upphandling sker skriftligen är vikten av ett tydligt och lättillgängligt språk omfattande. Texten i förfrågningsunderlaget samt övriga dokument i upphandlingen måste vara utformade på ett sätt som gör det möjligt för potentiella anbudsgivare att förstå och tillgodose sig den information som ges. Detta för att de skall ha möjlighet att ge korrekta och konkurrenskraftiga anbud som svarar upp till de krav som den upphandlande myndigheten ställer (Falk 2011, s.83f).

Ett läsbarhetsindex kan användas för att avgöra hur lätt eller svårläst en text är. Det finns ett flertal olika varianter, men i Sverige används främst LIX som utvecklades under 1960-talet av pedagogikforskaren Carl-Hugo Björnsson (Lix 2014).

Genom att göra en procentuell beräkning av antal ord per mening samt antalet långa ord (mer än sex bokstäver) som förekommer i en text avgör LIX hur lätt eller svår den är att läsa.

Genom denna beräkning av en texts språkliga egenskaper ges en uppfattning om hur lätt- eller svårtillgänglig den är för läsaren (Björnsson 1968, s.13 & 66). Dock bör man vara medveten om att beräkningen enbart tar hänsyn till ordets längd och inte till hur språkmässigt avancerat det är. Detta innebär att korta men svåra ord inte räknas medan långa enkla ord som till exempel ”lättläst” tas med i beräkningen (Lix 2014).

Det byråkratiska språk som återfinns i lagtext och skrivelser från myndigheter anses många gånger vara bristfälligt samt svårt att förstå då det skrivs på ett tungt och invecklat sätt.

Samma sak gäller texter med mycket fackspråk som uppfattas som onödigt svårt och tillkrånglat (Björnsson 1968, s.139ff).

Tolkning	
< 30	Mycket lättläst, barnböcker
30 - 40	Lättläst, skönlitteratur, populärtidningar
40 - 50	Medelsvår, normal tidningstext
50 - 60	Svår, normalt värde för officiella texter
> 60	Mycket svår, byråkratsvenska

4.6 Analysverktyg

Vårt analysverktyg baseras på de delar av studiens teoretiska referensram som kan tänkas ligga till grund för den problematik och de svårigheter som den offentliga upphandlingen uppvisar. De nyckelord som vi identifierat här nedan kommer vi att använda som vägledande utgångspunkter vid analys av vårt material för att kunna dra relevanta slutsatser.

1. Lagen om offentlig upphandling

Lagens komplexa utformning och dess inverkan på upphandlingsprocessen.

2. Kommunikationssätt

Risken för kommunikationssvårigheter i och med det skriftliga förfarandet mellan inblandade parter.

3. Förfrågningsunderlag

Otydligt utformade förfrågningsunderlag skapar problem under upphandlingsprocessen.

4. Uppföljning

Otillräcklig uppföljning resulterar i okunskap och bristande insikt.

5. Resultat

Genom en grundlig genomgång och analys av samtliga ansökningsmål rörande överprövning av offentlig upphandling som resulterat i bifall ser vi tydliga mönster som överensstämmer med vår referensram. De problem och svårigheter som vi genomgående sett i vårt resultat uppvisar likheter med den redan kända problematik som vår referensram har sin grund i.

5.1 Resultatet av överprövningarna 2009-07-14 – 2010-07-14

Under perioden 2009-07-14 – 2010-07-14 genomfördes 183 ansökningsmål gällande offentlig upphandling i Förvaltningsrätten i Göteborg. Detta resulterade i 91 målnummer med helt eller delvis bifall, som i sin tur gav 47 olika avgöranden med helt eller delvis bifall (flertalet målnummer ingick i samma avgörande). Detta innebär att 49,7 procent av dem som ansökte om överprövning under perioden fick bifall med resultatet att upphandlingen skulle rättas eller göras om helt. Av dessa 47 avgöranden ansåg förvaltningsrätten att 34 stycken (72,8 procent) hade så stora brister att de var tvungna att göras om från början och att det i 13 fall (27,2 procent) enbart räckte med rättning av det som varit felaktigt i upphandlingen.

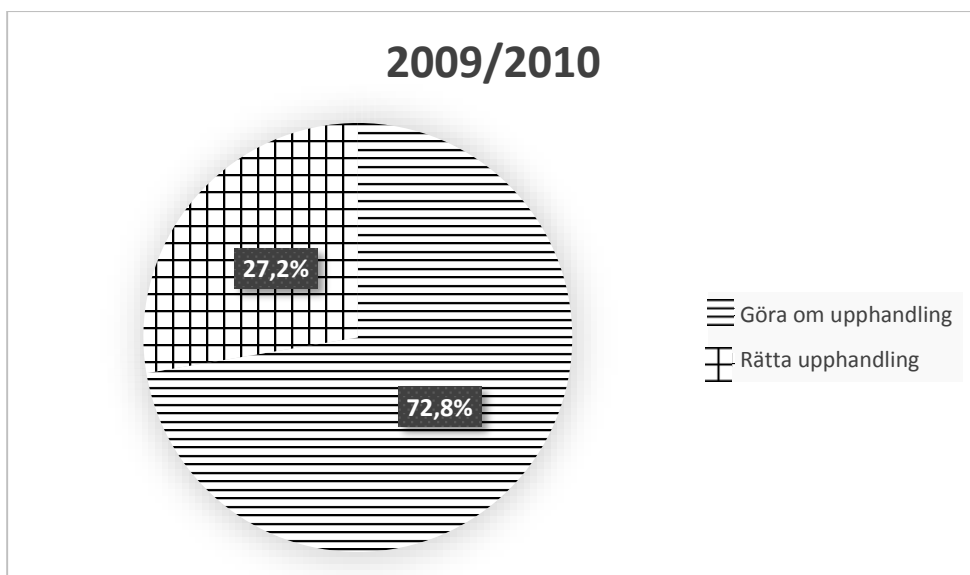


Diagram 1. Bifalls resultat 2009/2010

5.1.1 Anledningar till ”Göra om upphandling”

Otydligt/bristande förfrågningsunderlag

I 18 fall (52,9 procent) behövdes upphandlingen göras om på grund av att förfrågningsunderlaget ansågs vara otydligt med svårtolkade utvärderings- och kvalificeringskrav samt otydliga ”skall-krav” och ”bör-krav”. Ett skall-krav är obligatoriskt, om inte kravet uppfylls skall inte anbudet tas med i utvärderingen, medan bör-krav endast är ett bland många utvärderingskriterier som beaktas vid anbudsvärderingen (Falk, 2011 s.386). Ett otydligt förfrågningsunderlag anses stå i strid med principerna om transparens, likabehandling och förutsägbarhet.

Felaktigt antaget- eller förkastat anbud

Sju av överprövningsfallen (20,6 procent) gällde anbud som antagits trots att de inte uppfyllt uppsatta skall-krav alternativt anbud som uppfyllt kvalificeringskriterierna men som ej har tagits med i anbudsvärderingen. Detta står i strid med principerna om transparens, likabehandling och förutsägbarhet.

Felaktig anbudsvärdering

Fyra av upphandlingarna (11,8 procent) ansågs ha brustit i anbudsvärderingen då dessa ej följt de utvärderings- och bedömningskriterier som de angett i förfrågningsunderlaget, vilket står i strid med principen om likabehandling.

Felaktigt upphandlingsförfarande

I tre fall (8,8 procent) användes en felaktig form av upphandling, i form av otillåten direkt upphandling eller att en upphandling som skett genom förenklat förfarande inte hade annonserats enligt bestämmelserna i LOU. Otillåten direktupphandling innebär att upphandlingen inte har annonserats enligt bestämmelserna i LOU och att detta inte skett med stöd av någon undantagsregel (Falk, 2011 s.504). En förenklad upphandling skall annonseras och alla leverantörer har möjlighet att få ta del av förfrågningsunderlaget samt lämna anbud (Falk, 2010 s.140).

Felaktigt skall-krav

I två fall (5,9 procent) ansågs uppsatta skall-krav i förfrågningsunderlaget stå i strid med proportionalitetsprincipen.

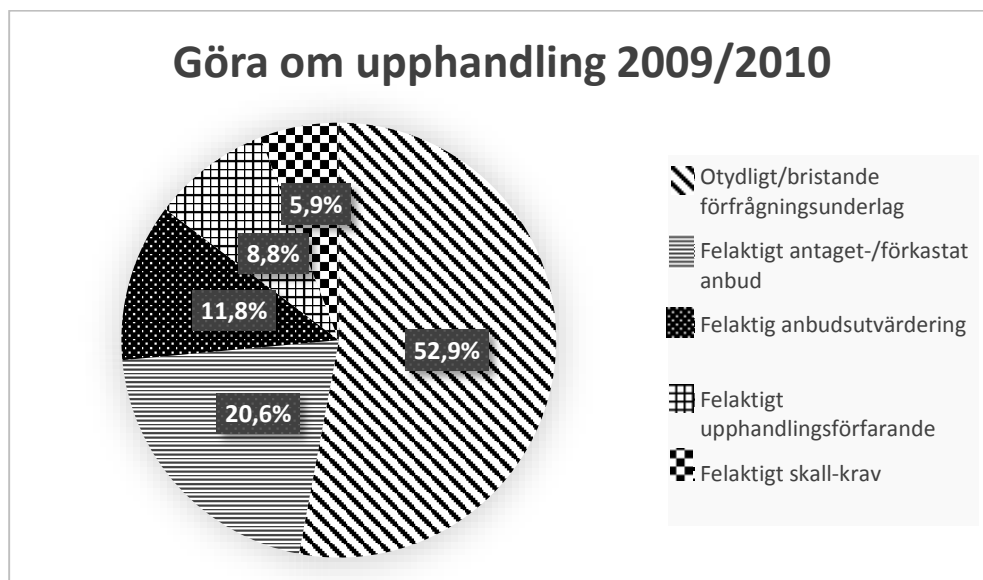


Diagram 2. Orsaker till göra om upphandling 2009/2010

5.1.2 Anledningar till "Rätta upphandling"

Antaget anbud uppfyller ej skall-krav

Sju av överprövningarna (53,8 procent) gällde anbud som antagits trots att de inte uppfyllt uppsatta skall-krav något som står i strid med principerna om transparens och förutsägbarhet.

Felaktig anbudsutvärdering

Tre av upphandlingarna (23,1 procent) ansågs ha brustit i anbudsutvärderingen då ej följt de utvärderings- och bedömningskriterier som de angett i förfrågningsunderlaget, vilket står i strid med likabehandlingsprincipen.

Felaktigt förkastat anbud

Två av överprövningarna (15,4 procent) gällde anbud som uppfyllt kvalificeringskriterierna men som ej har tagits med i anbudsutvärderingen. Detta står i strid med principerna om transparens, likabehandling och förutsägbarhet.

Ofullständigt förfrågningsunderlag

Vid ett fall (7,7 procent) ansågs förfrågningsunderlaget vara så pass ofullständigt att leverantörerna ej kunde utläsa vad den upphandlande myndigheten önskade vilket står strid med principerna om transparens, likabehandling och förutsägbarhet.

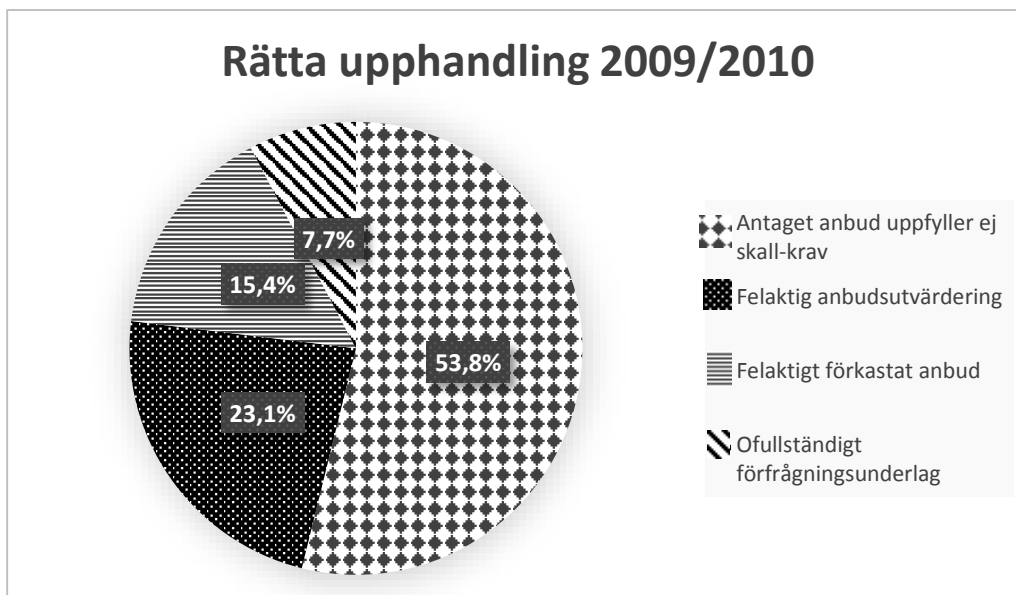


Diagram 3. Orsaker till rätta upphandling

5.2 Resultatet av överprövningarna 2013-01-01 – 2013-12-31

Under perioden 2013-01-01 – 2013-12-31 genomfördes 218 ansökningsmål gällande offentlig upphandling i Förvaltningsrätten i Göteborg, vilket resulterade i 69 målnummer med helt eller delvis bifall och 40 olika avgöranden med helt eller delvis bifall (flertalet målnummer ingick i samma avgörande). Detta innebär att 31,7 procent av dem som ansökte om överprövning under perioden fick bifall med resultat att upphandlingen skulle rättas eller göras om helt. Av dessa 40 avgöranden ansåg förvaltningsrätten att 16 stycken (40,0 procent) hade så stora brister att de var tvungna att göras om från början och att det i 20 fall (50,0 procent) enbart räckte med rättning av det som varit felaktigt i upphandlingen. Tre av överprövningarna (7,5 procent) resulterade i att ett avtal ogiltighetsförklarades samt vid ett tillfälle (2,5 procent) utdömdes en upphandlingsskadeavgift.

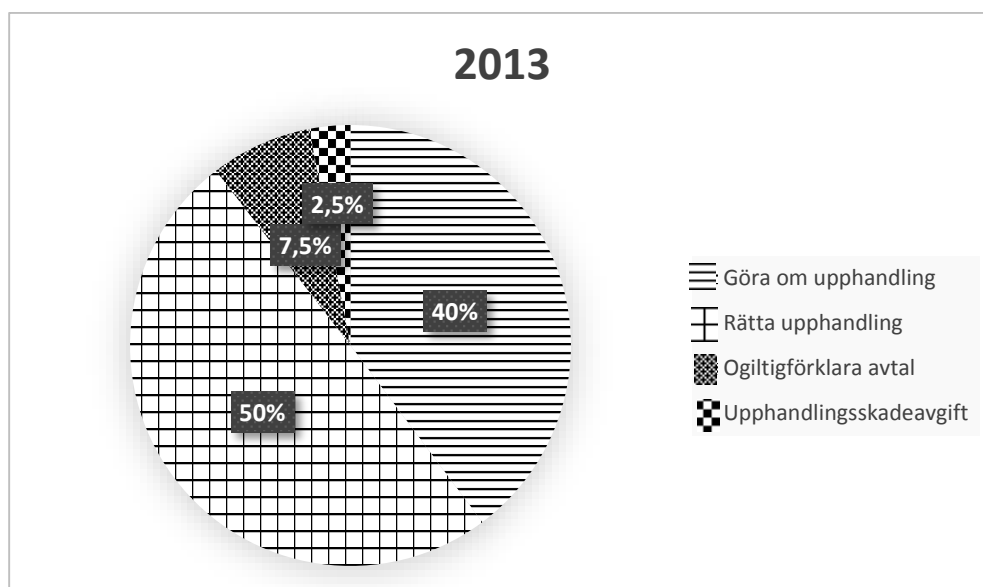


Diagram 4. Bifalls resultat 2013

5.2.1 Anledningar till ”Göra om upphandling”

Otydligt/bristande förfrågningsunderlag

I 11 fall (68,8 procent) behövdes upphandlingen göras om på grund av att förfrågningsunderlaget ansågs vara otydligt med svårtolkade utvärderings- och kvalificeringskrav samt otydliga ”skall-krav” och ”bör-krav”. Ett skall-krav är obligatoriskt, om inte kravet uppfylls skall inte anbudet tas med i utvärderingen, medan bör-krav endast är ett bland många utvärderingskriterier som beaktas vid anbudsutvärderingen (Falk, 2011 s.386). Ett otydligt förfrågningsunderlag anses stå i strid med principerna om transparens, likabehandling och förutsägbarhet.

Felaktigt antaget- eller förkastat anbud

Fyra av överprövningarna (25,0 procent) gällde anbud som antagits trots att de inte uppfyllt uppsatta skall-krav alternativt anbud som uppfyllt kvalificeringskriterierna men som ej har tagits med i anbudsutvärderingen. Detta står i strid med principerna om transparens, likabehandling och förutsägbarhet.

Felaktigt skall-krav

I ett fall (6,2 procent) ansågs uppsatta skall-krav i förfrågningsunderlaget stå i strid med proportionalitetsprincipen.

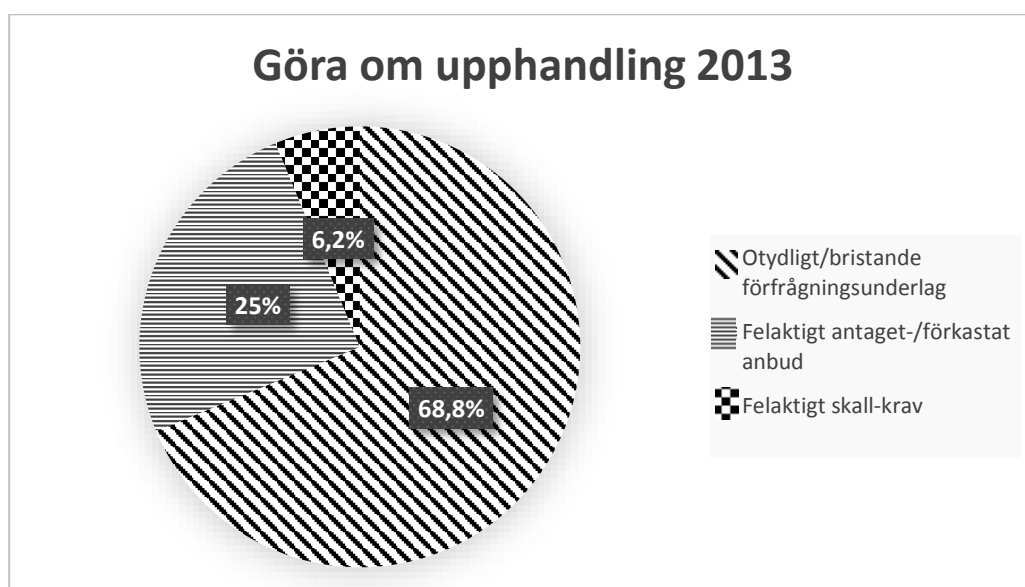


Diagram 5. Orsaker till göra om upphandling 2013

5.2.2 Anledningar till ”Rätta upphandling”

Antaget anbud uppfyller ej skall-krav

Tio av överprövningarna (50,0 procent) gällde anbud som antagits trots att de inte uppfyllt uppsatta skall-krav, något som står i strid med principerna om transparens och förutsägbarhet.

Felaktigt förkastat anbud

Sex av överprövningarna (30,0 procent) gällde anbud som uppfyllt kvalificeringskriterierna men som ej har tagits med i anbudsutvärderingen. Detta står i strid med principerna om transparens, likabehandling och förutsägbarhet.

Ofullständigt förfrågningsunderlag

I fyra av fallen (20,0 procent) ansågs förfrågningsunderlaget vara så pass ofullständigt att leverantörerna ej kunde utläsa vad den upphandlande myndigheten önskade vilket står i strid med principerna om transparens, likabehandling och förutsägbarhet.

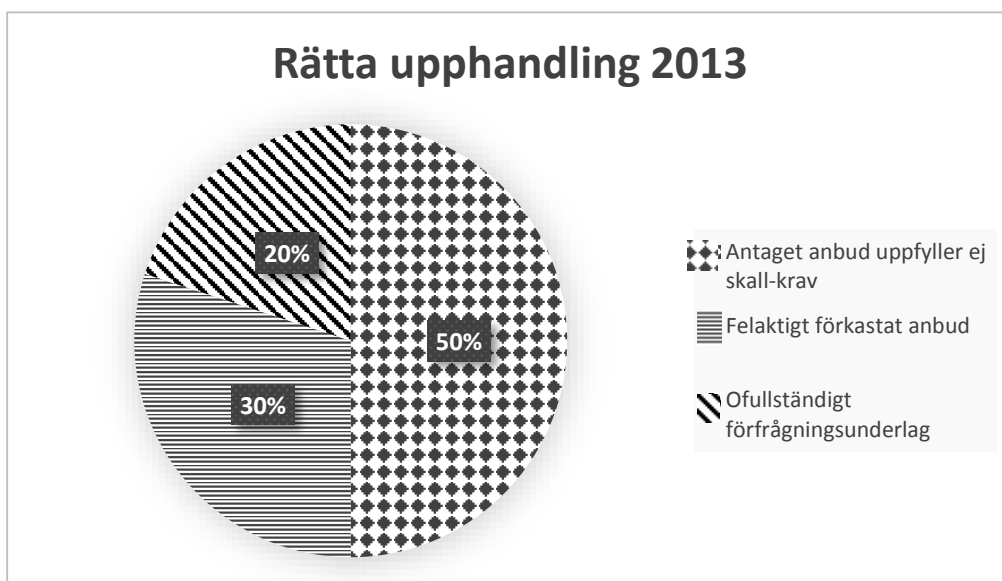


Diagram 6. Orsaker till rätta upphandling 2013

5.3 Resultat av LIX

Vi har genomfört en analys av svårighetsgraden av läsbarheten i tio förfrågningsunderlag från olika upphandlande myndigheter i Göteborgsregionen. Resultatet från läsbarhetsindexet låg på värden mellan 50 och 73, vilket tyder på att texterna i förfrågningsunderlagen i regel är avancerade. Texter som ligger på ett värde över 50 anses vara svåra och texter över 60 som mycket svåra.

Tolkning	
< 30	Mycket lättläst, barnböcker
30 - 40	Lättläst, skönlitteratur, populärtidningar
40 - 50	Medelsvår, normal tidningstext
50 - 60	Svår, normalt värde för officiella texter
> 60	Mycket svår, byråkratsvenska

Figur 3. Läsbarhetsindex (Lix 2014)

6. Resultatanalys

Genom vår studie av domslut i Förvaltningsrätten i Göteborg har vi kunnat urskilja ett flertal olika anledningar och bakomliggande orsaker till att upphandlingar bedöms vara så felaktiga och bristande att de anses i behov av att göras om eller rättas. Den vanligaste anledningen till att upphandling anses vara i behov av en rättelse är att antaget anbud ej uppfyllt uppsatta skall-krav. Bedömning om att upphandlingar skall göras om föranleds oftast av bristande förfrågningsunderlag. Utöver dessa två anledningar kan vi även se att felaktigt upphandlingsförfarande, bristande anbudsutvärderingar, samt felaktigt förkastade anbud finns representerade inom den offentliga upphandlingens problembild.

Ett felaktigt upphandlingsförfarande finns endast representerat i två fall under 2009/2010 och ingen gång under 2013, vilket föranleder att ett felaktigt upphandlingsförfarande kan ses som ett undantag snarare än ett vanligt förekommande problem. Bristande anbudsutvärderingar och felaktigt förkastade anbud är i allra högsta grad exempel på uppkomna felaktigheter men vi anser att den enskilda betydelsen av dem är relativt låg. Detta med grund i att dess härkomst många gånger kan kopplas tillbaka till bristande förfrågningsunderlag eller felaktigt hanterade skall-krav. Ett tydligt exempel på detta är när en bristande anbudsutvärdering sker på grund av motstridig information i förfrågningsunderlaget i form av att samma information anges olika inom samma dokument. Liknande är när ett uppsatt skall-krav även används som utvärderingsgrund, det vill säga när ett krav på att något specifikt skall vara uppfyllt, till exempel att vissa dokument skall vara inkluderade, även fungerar som poänggivande utvärderingsgrund vid utvärderingen av upphandlingens anbud. Motstridig information i ett förfrågningsunderlag kan medföra svårigheter för anbudslämnare att kunna ta ställning till vad som är relevant och då även svårigheter att lämna korrekta anbud. Leverantörerna har i sådana situationer svårt att bilda sig en uppfattning om vad som förväntas av dem samt hur deras anbud kommer att bedömas. De vet helt enkelt inte vad som är skall-krav och vad som är utvärderingskriterier.

Genom att lägga huvudsaklig fokus vid problematiken rörande förfrågningsunderlag och skall-krav anser vi att en indirekt förbättring av problemen med felaktigt förkastade anbud samt bristande anbudsutvärderingar kan komma att ske.

Det överhängande resultat som framkommit i den data vi analyserat har inte varit någon direkt överraskning utan kan snarare ses som en bekräftelse på att vår studie följt de generella trender rörande överprövning som tidigare forskning uppvisat. Vad som dock återigen visats utmärkande för vår studie är således den tyngd förfrågningsunderlag och skall-krav spelar vid bedömning av en upphandlings behov av att göras om eller rättas.

En återkommande faktor som framkommit i såväl referensramens litteratur som de intervjuer vi genomfört är den komplexitet LOU präglas av. En stor andel av de rapporter, SOU:er och övrig litteratur anger lagens komplicerade och öppna utformning som en bakomliggande orsak till att offentlig upphandling ofta anses vara så komplicerat. Denna kritik mot LOU bör dock ställas i perspektiv till att dess användningsområde är av sådant brett spektra och därför måste vara applicerbart på en stor variation av upphandlingsskeenden. Likt Per Molander instämmer vi i att en omfattande förändring av utformningen mot mer specifik reglering eller förenkling av lagens formuleringar också riskerar att underminera upphandlingsområdets grundpelare så som exempelvis principerna om transparens, likabehandling och förutsägbarhet (2009, s.124). En reglering som i allra högsta grad behövs för att säkerställa den offentliga upphandlingens korrekta allokering av offentliga medel till förmån för medborgarna.

6.1 Lagändringen

Anledningen till att vi utöver granskningen av de överprövningsfall som givits bifall i Förvaltningsrätten 2013 även granskade de överprövningsfall som givits bifall under 2009/2010 var för att kunna säkerställa ett resultat som i hög grad överensstämmer med verkligheten. I och med att det den 15 juli 2010 genomfördes en lagändring av LOU gavs även möjlighet till att ur ett före- och efter perspektiv undersöka huruvida lagändringen haft inverkan på de anledningar som föranleder ett bifall i förvaltningsrätten. Vad vi kan se har lagen inte haft någon inverkan på de bakomliggande motiv som senare resulterat i att upphandlingen antingen behövde göras om eller rättas. Anledningarna till att en upphandling bedömts vara i behov av dessa två åtgärder verkar således vara desamma både före och efter lagändringen i LOU. Brister i förfrågningsunderlag samt skall-krav är återigen dominerande som avgörande felaktigheter.

En intressant iakttagelse från skillnaderna mellan åren är dock att andelen avgöranden under 2009/2010 vars brister ansågs så pass stora att de var tvungna att göras om uppgick till hela

72,8 procent varpå denna siffra föll till 40,0 procent under 2013. Vi ställer oss därför frågan vad som egentligen kan tänkas föranlett denna drastiska minskning?

I ett av de mål som under 2010 gavs bifall fann vi detta citat rörande vad som möjligen kan ligga bakom domstolens beslut att antingen besluta om rättning eller göra om upphandling;

"Om den upphandlande myndigheten brutit mot någon bestämmelse i LOU är det normala förfarandet - enligt förvaltningsrättens mening - att rätten bestämmer att upphandlingen skall göras om. Anledningen härtill är att en rättelse i ett enskilt fall lätt kan skapa orättvisor i andra delar av upphandlingen, så att andra leverantör drabbas negativt av rättsens beslut. Endast undantagsvis kan det vara tillräckligt med en rättelse." (Förvaltningsrätten, 2010).

Av detta framgår att det under 2009/2010 fanns tendenser till att föredra att besluta om att upphandlingar skulle göras om framför att enbart rätta konstaterade felaktigheter, detta på grund av risken för att skapa *"orättvisor inom andra delar av upphandlingen"*. Faktum kvarstår dock att det under 2013 ser helt annorlunda ut, här döms nu som sagt 40,0 procent av avgörandena till att göras om och 50,0 procent av de upphandlingar som givits bifall ansetts vara i behov av rättning. Vad vi kan se har lagändringen som genomfördes 2010 inte haft någon inverkan till förändringen om en upphandling skall göras om eller rättas. Däremot framgick det ur vår intervju med föredragande jurist Michaël Koch vid Förvaltningsrätten i Göteborg om vad som idag anses vara att föredra, att upphandling skall göras om eller rättas, att någon sådan *"allmän uppfattning finns inte och torde också vara svår att ha."* Istället hänvisade han till att huruvida en upphandling skall göras om eller rättas, skall avgöras i varje enskilt fall.

Det resultat som vi trots allt kan se av vår studie är att lagändringen har bidragit till fler ansökningar om överprövning samtidigt som andelen bifall har minskat. Ansökan om överprövning utan godtagbara skäl kan således antas ha ökat, men att lagändringen skulle ligga till grund för det minskade antal beslut om att göra om upphandling verkar enligt oss inte troligt. Den tänkbara förklaring som vi kan ge till dessa skiljande siffror är att det skett en skiftning av åsikt och attityd om huruvida göra om eller rätta upphandling är att föredra. En utveckling som dessutom ligger väl förankrad både i tiden med tanke på det ökade fokus på effektivitet och ändamålsenlighet som under de senaste åren fått starkt fäste inom offentlig upphandling rent generellt (Europeiska kommissionen 2011, s.4). Återigen bekräftas detta av vår intervju med föredragande jurist vid förvaltningsrätten som starkt betonade vikten av att varje enskilt

upphandlingsfall behandlas individuellt och bortom ett tänk styrt av det ”normala” förfarandet. Detta för att till hög grad öka åtgärdens pricksäkerhet och effektivitet i det enskilda upphandlingsfallet.

Vi anser därför att vårt uppvisade resultat från 2013 där 40,0 procent av rättsfallen dömdes till att göras om och 50,0 procent till rättning är starkt positivt ur effektivitetsaspekt. Detta då rättning av bristande punkter tar betydligt mindre tids- och kostnadsanspråk för upphandlande myndighet gentemot att göra om upphandlingen. Givetvis bör den här utvecklingen tas i reservation till att varje enskilt fall faktiskt måste hanteras individuellt för att möjliggöra en så korrekt prövning som möjligt. Att den överhängande åsikten om att föredra att besluta om göra om upphandling framför rättning verkar ha minskat i omfattning, ser vi därför som starkt positivt för den offentliga upphandlingen som helhet.

6.2 Skall-krav

Som vi tidigare nämnt visar vårt resultat att en stor del av den existerande problematik som finns inom den offentliga upphandlingen är kopplat till de skall-krav som anges i förfrågningsunderlaget. I överhängande del av de upphandlingar, 53,8 procent under 2009/2010 och 68,8 procent under 2013, som förvaltningsrätten anser bör rättas har anbud antagits trots att de inte uppfyllt uppsatta skall-krav. Detta kan anses märkligt då anbud som inte uppfyller dessa obligatoriska krav skall förkastas redan i kvalificeringsfasen, de skall alltså inte ens tas med i anbudsutvärderingen. En rimlig förklaring till detta kan vara det faktum att det inte alltid är enkelt att avgöra om ett uppsatt krav är uppfyllt eller inte, det handlar om en tolkning huruvida det som leverantören anger är tillräckligt för att skall-kravet kan anses vara uppfyllt. Detta bekräftas av Fredrik Rogö, bolagsjurist vid Upphandlingsbolaget i Göteborgs Stad som säger;

”Det är jättelätt att säga att kraven inte är uppfyllda, oftast måste man tolka om det är tillräckligt eller inte. Det är sällan så rent och fint som man kan önska utan man står och väger på om det är uppfyllt eller inte och då måste man bestämma sig för om det är tillräckligt eller inte. Det finns rena krav där det bara kan vara ja eller nej men så är det sällan utan det är upp till bedömning.”

I vissa fall uppstår även fel då skall-kraven i förfrågningsunderlaget är otydligt angivna, något som kan medföra att det blir svårt för anbudsgivare att lämna tydliga anbud. Detta kan än en gång leda till att upphandlande myndighet måste ta ställning till huruvida kravet är uppfyllt

eller inte. Vi kan med andra ord, även här se belägg för att en stor del av de fel som ofta begås har sin grund i otydliga förfrågningsunderlag.

Vi vill vidare betona att risken med det omfattande tolkningsutrymme som skall-kraven ger upphov till är att det kan ligga till grund för godtycklighet inom upphandlingsprocessen. Med hänvisning till de grundläggande principerna i LOU som syftar till att säkerställa bästa möjliga användning av Sveriges offentliga medel, uppstår med risken för godtycklighet en problematisk situation. Dock menar vi att risken för detta till viss del finns inneboende inom hela LOU. Som vi tidigare tagit upp är utformningen av LOU medvetet utformad på ett sätt som möjliggör att den fungerar över en stor variation av olika upphandlingsområden (Molander 2009, s.119). Att större frihet och handlingsmöjligheter ges till den enskilda myndigheten vid offentliga upphandlingar kan därför inte ses som särskilt anmärkningsvärt. Förändrad reglering för att motverka risken för godtycklighet riskerar följaktligen att skapa svårigheter på andra håll inom lagstiftningen (Molander 2009, s.47). Vad vi dock anser skulle kunna förbättra situationen är att helt enkelt öka medvetenheten om denna problematik. Upphandlande myndigheter bör till högre grad och med större strategisk precision bemöta risken för godtycklighet genom att försöka utforma sina skall-krav samt övriga delar av förfrågningsunderlaget på ett sätt som minimerar detta.

6.3 Förfrågningsunderlag

Den huvudsakliga problematiken inom offentlig upphandling kan i vår studie starkt kopplas till bristande förfrågningsunderlag. Under perioden 2009/2010 ansåg förvaltningsrätten i Göteborg att 47,0 procent av de upphandlingar som behövde göras om hade ett bristande förfrågningsunderlag och 2013 låg andelen på hela 68,8 procent. I huvudsak beror bristerna på otydlig utformning av förfrågningsunderlaget, så som exempelvis diffusa och oklara kravspecifikationer eller utvärderingskriterier. Utöver detta visar även vår studie att bristande förfrågningsunderlag är en återkommande faktor även inom andra delar av den offentliga upphandlingens problematik. Som vi tidigare tagit upp är felaktigt hanterade skall-krav ofta anledning till att upphandlingar måste göras om alternativt rättas, faktum är dock att det i många av dessa fall även finns ett bristande förfrågningsunderlag i bakgrunden. Att vår studie genererade det här resultatet, där bristande förfrågningsunderlag genomgående dominerade som anledning till bifall, var dock inget som initialt förvånade oss. Det som däremot kan anses förvånande är att vetskapen om förfrågningsunderlagets betydelse för upphandlingens

kvalitet är välkänt både bland upphandlande myndigheter och påvisas även återkommande i tidigare forskning.

Likt vårt resultat visar bland annat rapporten *På jakt efter den goda affären - analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen* att just komplicerade och otydligt formulerade förfrågningsunderlag är en av de överhängande orsakerna till att bifall ges vid överprövning (SOU 2011:73, s.100). Trots medvetenheten om detta grundar sig med andra ord många av de felaktigheter som sker vid offentliga upphandlingar i förfrågningsunderlagets utformning.

Att denna problematik är så pass utbredd och omfattande kan i hög grad ha sin grund i att det inom LOU saknas tydliga regler för hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat. Det saknas även riktlinjer för hur den upphandlande myndigheten skall agera om ändring, förtydligande eller komplettering av underlaget behövs. Lagen anger således enbart vad ett förfrågningsunderlag är per definition i 2 kap. 8§

”Med förfrågningsunderlag avses sådant underlag som en upphandlande myndighet tillhandahåller en leverantör.” (SFS 2007:1091)

Detta finner vi något märkligt då förfrågningsunderlaget orsakar så pass mycket fel och förvirring som det trots allt gör. Det borde istället framgå i lagen vad som förväntas finnas med samt hur förfrågningsunderlaget skall vara utformat. Det finns visserligen redan etablerade allmänna rekommendationer, exempelvis anger Konkurrensverkets bok *Upphandlingsreglerna - en introduktion* vad ett förfrågningsunderlag bör innehålla. Enligt oss skulle en reglering av förfrågningsunderlagets utformning underlätta mycket för den offentliga upphandlingen.

Denna kritik mot att LOU ger de enskilda upphandlande myndigheterna sådan hög grad av autonomi i tillämpningen av lagen måste dock, som tidigare nämnt, ställas i perspektiv till att lagen utformats på det här viset av anledningen att vara möjlig att tillämpa på ett mycket stort område. En tydligare reglering skulle riskera att upprätthållandet av lagens fem viktiga grundpelare, principerna om icke diskriminering, transparens, likabehandling, ömsesidigt erkännande, och proportionalitetsprincipen undermineras (Molander 2009, s.124). Vi anser dock att det, trots denna komplexitet, finns ett behov av förändring eftersom förfrågningsunderlagen till så stor del orsakar problem.

6.4 Kommunikation

Kommunikation mellan upphandlande myndighet och anbudsgivare sker i regel skriftligt där förfrågningsunderlaget har en särskilt stor betydelse. I och med den särställning som förfrågningsunderlaget har vid upphandlingsprocessen är dess kvalitet mycket viktig. Informationen som ges måste vara relevant och utformad på ett sätt som i högsta möjliga mån underlättar för anbudsgivaren att ge ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt. Skriftliga förfaranden är i allmänhet beroende av hur anbudsgivaren förstår och tolkar frågan samt hur den skall besvaras på bästa sätt. Dessa aspekter gäller även för upphandlande myndigheter när de skall tolka och utvärdera inkomna anbud (Sarangi & Slembrouck 1996, s.30). Små missar vid ifyllandet av förfrågningsunderlaget kan få stora konsekvenser för anbudsgivaren. Ett exempel på detta fick vi vid intervju med en företagsledare med stor erfarenhet av att lämna anbud.

”Vi tappade en upphandling på grund av att vi missade en så liten sak som att sätta ett kryss i en ruta.”

I och med den offentliga upphandlingens omfattande användning av skriftlig kommunikation vill vi påvisa att det finns tendenser som pekar mot att problematiken kring förfrågningsunderlag kan ha en koppling till aspekter rörande upphandlande myndigheters formalia och språkbruk.

Efter att vi analyserat läsbarheten i ett antal förfrågningsunderlag med hjälp av analysverktyget LIX fick vi värden mellan 50 och 73. Det här tyder med andra ord på att texterna i regel kan anses avancerade då texter med ett värde över 50 ses som svåra och värden över 60 som mycket svåra. Detta i kombination med att det i de intervjuer vi gjort även framkommit tecken på att det skriftliga förfarandet riskerar att skapa problem. Bland annat sa Fredrik Rogö, bolagsjurist vid Upphandlingsbolaget i Göteborg;

”Det är alltid svårt när man skall skriva till varandra, det är en inbyggd svårighet - så visst kan man se förbi varandra.”

Det är dock viktigt att poängtera att minskat användande av skriftlig kommunikation mellan upphandlande myndighet och potentiella anbudsgivare kan vara svårt att genomföra då det krävs dokumentation över förfarandet. Vad vi emellertid vill hänvisa till är att upphandlande myndigheter måste ta dessa svårigheter med den skriftliga kommunikationen i beaktning när de utformar sina förfrågningsunderlag och annat material rörande upphandlingen. Utökad

medvetenhet om det skriftliga förfarandets problematik samt mer användarvänlig formalia skulle, enligt oss, vara önskvärt.

6.5 Uppföljning

Den problematik som vi genomgående under studiens gång kunnat urskilja inom den offentliga upphandlingen i Sverige är således att en komplex och diffus lagstiftning orsakar svårigheter vid framför allt upprättande och användning av korrekta förfrågningsunderlag. Mot bakgrund av detta finns även kopplingar som tyder på att det skriftliga informationsutbytet och byråkratiska kommunikationssätt som arbetet med upphandlingar upptar kan ses som en förklaring till varför förfrågningsunderlaget ofta bringar så pass mycket problem, både för upphandlande myndighet och potentiella anbudsgivare.

Det finns dock ytterligare en aspekt som till hög grad visat sig vara i behov av förbättring bland upphandlande myndigheter, och det är uppföljningen av de upphandlingar som genomförs. Som framgår i avsnitt 4.2, 4.3 samt 4.4 finns inom den offentliga upphandlingen tecken på att utbredd okunskap och bristande insikt i upphandlingsprocessen råder bland landets upphandlande myndigheter. Detta i kombination med vårt resultat där en så pass överväldigande stor del av de överprövningar som gavs bifall 2009/2010 samt 2013 hade sin grund i förfrågningsunderlag där bristerna många gånger kunnat undvikas om de upprättats med högre precision och förankring i LOU. Det vi kan se som potentiell lösning är att utöka uppföljningen av de upphandlingar som sker för att därigenom öka insikt och förståelse för upphandlingsprocessen som helhet. Att med andra ord skapa en slags lärandeprocess inom myndigheten där både misslyckade och lyckade upphandlingar rutinmässigt tas upp för undersökning och analys skulle enligt oss vara en tänkbar lösning.

7. Slutsats

Att offentliga upphandlingar genomförs med effektiva och ändamålsenliga tillvägagångssätt är av högsta vikt, inte enbart för enskilda myndigheter och företagare, utan även ur ett makroperspektiv för landet rent generellt. Effektiv och kostnadsmässig användning av offentliga medel ligger inte enbart till grund för hög kvalitet inom den offentliga sektorn, utan främjar även god konkurrens och företagsamhet på marknaden. I och med att det under de senaste åren riktats stark kritik mot att offentliga upphandlingar inte genomförs på ett sätt som möjliggör detta, finns således ett stort behov av förklaringar samt ökad insikt i vad det egentligen är som går fel.

I denna studie presenterar vi därför en generell bild av den problematik som berör Sveriges offentliga upphandlingar. Ett brett spektra från upphandlingsprocessens olika moment till kommunikationssvårigheter har illustrerats med syfte att ge ökad kunskap och insikt i de problem som såväl upphandlande myndigheter som potentiella anbudsgivare riskerar att mötas av vid genomförandet av offentliga upphandlingar.

I vår studie har det mest framträdande resultatet genomgående varit förfrågningsunderlagets betydelse för upphandlingsprocessen. I hög utsträckning visar sig problematik och svårigheter vid upphandlingars genomförande ha sitt ursprung i detta dokument. Belägg för det här har dock inte enbart uppkommit genom vår granskning av domslut, utan vikten av korrekt utformade förfrågningsunderlag har även starkt betonats under samtliga intervjuer som genomförts. Bakgrunden till att förfrågningsunderlaget givits så stort utrymme under hela upphandlingsprocessen beror på att det till hög grad utgör grunden för hela upphandlingen. Då förfrågningsunderlaget ligger till grund för det anbud som antas samt sätter tonen för vad det är som skall utföras eller levereras, riskerar ett bristande underlag att åsamka upphandlande myndighet och den offentliga sektorn skada i form av kostnadsineffektivitet och bristande kvalitet.

I den referensram som vår studie utgått från beskrivs en stor del av problematiken rörande förfrågningsunderlag och andra upphandlingssvårigheter ha sin grund i ett komplicerat lagverk, detta både ur den offentliga sektorns och näringslivets synvinkel, vilket vi instämmer med. LOU:s komplexitet och diffusa utformning ligger enligt vår studie till grund för att en stor andel förfrågningsunderlag bedöms bristande och föranleder risken att hela upphand-

lingen tvingas göras om. Den komplexitet som finns inneboende i lagen försvårar hela upphandlingsprocessen och riskerar således att skapa trögflytande processer inom å ena sidan rättssystemet på grund av det stora antal inkomna ansökningar om överprövning. Och å andra sidan inom den enskilda upphandlande myndigheten där upphandlingsförfarandet tar onödigt stora tidsmässiga och finansiella resurser i anspråk.

Vår studie gör också en koppling mellan det skriftliga kommunikationssätt som dominerar mellan berörda parter och svårigheter rörande arbetet med upphandlingsprocessen och i synnerhet förfrågningsunderlaget. I och med den skriftliga kommunikationen måste texten uppfylla höga krav på tydlighet och skärpa för att möjliggöra att båda sidor förstår varandra. Den upphandlande myndighetens språk får ej vara svårtolkat eller ogenomträngligt då den potentiella anbudsgivaren måste ges möjlighet att lämna ett korrekt och konkurrenskraftigt anbud. Det som under studiens gång framkommit som potentiella lösningar och tillvägagångssätt för att hantera denna problematik är att upphandlande myndigheter i högre grad måste följa upp, analysera och ifrågasätta sitt eget arbete under upphandlingsprocessen. Med grund i lagens diffusa och komplexa utformning innehar den enskilda upphandlande myndigheten en omfattande autonomi, vilket också ökar betydelsen av ett ständigt förbättringsarbete av processer, rutiner och uppföljningar. Vi ser därför stora fördelar med att upphandlande myndigheter betraktar sina upphandlingar som en lärandeprocess för att därigenom också öka kunskapen internt inom verksamheten.

Vi har även återkommande genom hela studien sett tecken på att det finns behov av en förändrad och mer användarvänlig lagstiftning. Förändringar mot att göra LOU mer specifik och detaljerad skulle dock, som vi tidigare nämnt, vara svårt att genomföra i praktiken eftersom lagen måste vara tillämpningsbar inom många spridda områden. Vi ställer oss dock positiva till en lagförändring så till vida att högre krav bör ställas på förfrågningsunderlagens innehåll och omfattning.

Kärnpunkten med att medvetandegöra dessa svårigheter och den problematik som finns inom den offentliga upphandlingen är att underlätta för upphandlande myndigheter att undvika de fällor som leder till överprövning och kanske också till att en upphandling måste göras om från början. Det stora antal överprövningar som görs varje år är ett kostnadseffektivitets problem och behovet av förändring är därför stort. I sig är emellertid möjligheten till överprövning inget problem, det bör till och med ses som en demokratisk rättighet att omprövning och förändring av myndigheters beslut kan göras vid misstanke om felaktigheter. Det uppstår

dock problem om överprövningarna gäller så pass små saker som de upphandlande myndigheterna på egen hand hade kunnat undvika genom högre precision och tydlighet i arbetet med upphandlingen. Mängden offentliga medel är begränsad och fördelning måste ständigt ske med medborgarnas bästa i åtanke, något som riskerar att undermineras om upphandlande myndigheter inte själva kan identifiera och åtgärda uppstådda problem.

En stor del av den offentliga upphandlingens framgång ligger med andra ord i de upphandlande myndigheternas händer. För att möjliggöra korrekta och lyckosamma upphandlingar måste samtliga delar av upphandlingsprocessen, dock med specifik hänvisning till förfrågningsunderlaget, uttryckas i klartext och vara välförankrat i det praktiska arbete som upphandlingen gäller. Potentiella anbudsgivare måste givetvis även de möta upp och ha god insikt i lagstiftning och rådande procedurer som berör upphandlingsförfarandet, men i huvudsak är det i slutändan den upphandlande myndigheten som har det yttersta ansvaret. Och de måste ständigt agera utifrån premissen att offentliga medel skall användas korrekt och så ändamålsenligt som möjligt.

Offentlig upphandling är onekligen en snårig gren av Sveriges offentliga sektor. Vi anser dock att det är fullt möjligt att trots denna tillsyns ogenomträngliga terräng av diffusa lagtexter, administrativt och språkligt krångel uppnå lyckade resultat - detta om insikt, kunskap och förståelse ges utrymme att leda väg.

7.1 Studiens bidrag

Studiens bidrag till kunskapen om den offentliga upphandlingen i Sverige är inledningsvis att de anledningar som föranleder att bifall ges vid överprövning belyses. I och med detta kan vår studie uppvisa en generell bild av de svårigheter som finns närvarande inom hela upphandlingsprocessen. Det fördjupade perspektiv som studien ligger till grund för är att de vanligt förekommande svårigheterna dock huvudsakligen är kopplade till förfrågningsunderlagen samt användandet av dessa. Därtill har vi gett konkreta förslag på hur denna problematik kan hanteras.

7.2 Fortsatta studier

Vårt förslag till fortsatt forskning utifrån studiens resultat är att granska möjliga lösningar för att underlätta upphandlingsprocessen för såväl upphandlande myndighet som anbudsgivare. Ett alternativ vore att genomföra en studie med syfte att kartlägga variationen av upphand-

lingsproblematik mellan olika verksamhetsområden för att därigenom få insikt i vilka specifika åtgärder som bör införas för att underlätta upphandlingsprocessen inom varje enskilt område.

Av vår studie kan vi dock se att det mest brinnande behovet av fortsatta studier berör problematiken kring förfrågningsunderlag och hur dessa bör hanteras. En naturlig fortsättning vore att undersöka möjliga lösningar för att underlätta arbetet med förfrågningsunderlag mer in på detaljnivå och då även undersöka om till exempel standardisering av förfrågningsunderlag kan tänkas vara ett alternativ.

8. Källförteckning

- Bergman, Mats & Nilsson, Jan-Eric. 2012. *Offentlig upphandling från forskningens horisont*. SNS Analys nr 6 http://www.sns.se/sites/default/files/sns_analys_nr_6.pdf (Hämtad 2014-05-09)
- Björnsson, C.H. 1968. *Läsbarhet*. Stockholm: Bokförlaget Liber
- Bryman, Alan. 2011. *Samhällsvetenskapliga metoder*. 2.uppl. Malmö: Liber
- Domstolsverket. 2013. *Domstolsstatistik 2013* (Hämtad 2014-03-24)
http://www.domstol.se/Publikationer/Statistik/domstolsstatistik_2013.pdf
- Edwardsson, Ewa & Moius, Daniel. 2009. *Effektivare offentlig upphandling – problem och åtgärder ur ett rättsekonomiskt perspektiv*. Konkurrensverket, Uppdragsforskningsrapport 2009:4
http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/uppdagsforskning/forsk_rap_2009-4_Effektivare_off_upph.pdf (Hämtad 2014-04-02)
- Esaiasson, Peter; Gilljam, Mikael; Oscarsson, Henrik & Wängnerud, Lena. 2012. *Metodpraktikan – Konsten att studera samhälle, individ och marknad*. 4.uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik
- Europeiska kommissionen. 2011. *Grönbok - om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*. Bryssel: Europeiska kommissionen
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:sv:PDF> (Hämtad 2014-05-16)
- Falk, Jan-Erik. 2011. *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*. 2.uppl. Stockholm: Jure Förlag
- Finansdepartementet. 2010-04-08. *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet* (Proposition 2009/10:18). Stockholm: Regeringskansliet
<http://www.regeringen.se/content/1/c6/14/38/03/ba918059.pdf> (Hämtad 2014-04-02)

Finansdepartementet. 2013-09-12. *Budgetproposition 2014 - Förslag till statens budget för 2014, finansplan och skattefrågor* (Proposition 2013/14:1). Stockholm: Regeringskansliet
<http://www.regeringen.se/content/1/c6/22/37/09/d602dd5b.pdf> (Hämtad 2014-05-12)

Förvaltningsrätten i Göteborg. 2010-04-01. Rättsfall, målnummer 5792-10.

Konkurrensverket. 2011a. *Upphandlingsreglerna - en introduktion*. Stockholm

Konkurrensverket. 2011b-12-20. *Upphandlingsskadeavgift*.

http://www.konkurrensverket.se/t/Page_7852.aspx (Hämtad 2014-04-30)

Konkurrensverket. 2014. *Om offentlig upphandling*.

http://www.konkurrensverket.se/t/SectionStartPage_6244.aspx (Hämtad 2014-03-11)

Lunander, Anders. 2009. *En logisk fälla - Relativ poängsättning av pris vid anbudsutvärdering i offentlig upphandling*. Konkurrensverket, Uppdragsforskningsrapport 2009:12

http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/uppdagsforskning/forsk_rap_2009-12_relativ_poangsattn.pdf (Hämtad 2014-04-30)

Läsbarhetsindex. 2014. www.lix.se (Hämtad 2014-05-16)

Molander, Per. 2009. *Regelverk och praxis i offentlig upphandling*. Rapport/Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi 2009:2. Stockholm: Finansdepartementet

<http://www.mapsec.com/images/rapporter/Regelverk%20och%20praxis%20i%20offentlig%20upphandling.pdf> (Hämtad 2014-05-09)

Nutek R. 2005. *Småföretag och offentlig upphandling - Hinder och möjligheter för små företag att delta i offentliga upphandlingar*. Nutek R 2005:21 Stockholm

http://slupstockholm.files.wordpress.com/2012/01/upphandling_smaforetag.pdf (Hämtad 2014-05-09)

Offentliga affärer. 2011-01-10. *Så går en överprövning till*.

<http://www.offentligaaffarer.se/2011/01/10/sa-gar-en-oeverproevning-till/> (Hämtad 2014-03-24)

Sarangi, Srikant & Slembrouck, Stefan. 1996. *Language, bureaucracy, social control*.

Singapore: Longman Singapore Publishers Ltd

SFS 2007:1091 *Lag om offentlig upphandling*. Stockholm: Socialdepartementet

- SOU 1999:139 *Allmänna överväganden och förslag beträffande upphandlingstillsynen*. Stockholm: Finansdepartementet
<http://www.regeringen.se/content/1/c4/36/14/92e93492.pdf> (Hämtad 2014-04-15)
- SOU 2011:73 Upphandlingsutredningen 2010. *På jakt efter den goda affären - analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen*. Stockholm: Fritzes Offentliga Publikationer
<http://www.regeringen.se/sb/d/13904/a/180720> (Hämtad 2014-04-28)
- SOU 2013:12 Upphandlingsutredningen 2010. *Goda affärer - en strategi för hållbar offentlig upphandling*. Stockholm: Fritzes Offentliga Publikationer
<http://www.regeringen.se/sb/d/16941/a/210399> (Hämtad 2014-03-24)
- Sundbom, Per-Arne. 2007. *Länsrätternas domar om offentlig upphandling*. Konkurrensverket 2007:2. Bromma: CM Gruppen
http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rap_2007-2.pdf (Hämtad 2014-05-09)
- Tervahauta, Per & Zachrisson, Marcus. 2004. *Offentlig upphandling i EU och USA - hinder och möjligheter för små och medelstora företag*. Östersund: Institutet för tillväxtpolitiska studier
<http://www.tillvaxtanalys.se/download/18.56ef093c139bf3ef8902735/1349863393440/offentlig-upphandling-i-eu-och-usa-hinder-och-mojligheter-for-sma-och-medelstora-foretag-04.pdf> (Hämtad 2014-05-09)
- Upphandlingsstöd. 2014a-02-05. *EU-direktiv*. <http://www.upphandlingsstod.se/eu-direktiv> (Hämtad 2014-04-02)
- Upphandlingsstöd. 2014b-02-10. *Ordlista*. <http://www.upphandlingsstod.se/ordlista> (Hämtad 2014-05-09)
- Upphandlingsstöd. 2014c-03-10. *Upphandlingsförfaranden*.
[http://www.upphandlingsstod.se/upphandlingsf%C3%B6rfaranden#Beräkning av avtalets värde](http://www.upphandlingsstod.se/upphandlingsf%C3%B6rfaranden#Beräkning%20av%20avtalets%20värde) (Hämtad 2014-05-09)
- Wennström, Ewa. 2010-05-18. *Antalet överprövningar ökar*. www.upphandling24.idg.se (Hämtad 2014-03-10)

Intervjupersoner

Anonym företagsledare. Intervju 2014-05-14

Koch, Michaël; föredragandjurist vid Förvaltningsrätten i Göteborg. 2014. Intervju 2014-04-10

Rogö, Fredrik; bolagsjurist på Upphandlingsbolaget, Göteborgs Stad. 2014. Intervju 2014-06-06

9. Bilagor

Bilaga 1 - Intervjuguide

Intervjuguide

Vi inleder intervjun med att presentera uppsatsen och dess syfte. Frågar även om det går bra att bilda samtalet samt ta stödanteckningar.

Områden att beröra under intervjun

Generell problematik

- Hur uppfattas problematiken inom offentlig upphandling?
- Hur påverkar detta upphandlingsprocessen?
- Vad ser ni som problem?
- Kunskapsluckor

Upphandlingsförfarandet i stort

- Allmänna svårigheter
- Uppföljning av genomförda upphandlingar
- Effektivitet ur såväl tidsmässig- som kostnadsmässig aspekt
- Lagen om offentlig upphandling
- Finns det språkliga problem?

Förfrågningsunderlag och skall-krav

- Utformning och hantering
- Problem som uppstår
- Otydlig utformning
- Anbud som antas trots att de ej uppfyllt skall-krav
- Varför är det så svårt?

Överprövning

- Vanligaste anledningarna till bifall och bakomliggande faktorer?
- Sker okynnes ansökningar för egen vinning?
- Kvalitetsskillnad på ansökningar
- Varför så stort antal ansökningar om överprövningar?
- Skillnad före och efter lagändringen 2010?